

COMISARIO DE FAMILIA – Requisitos de acceso. Incompetencia del Alcalde Municipal

Quiere decir que conforme a la normatividad y jurisprudencia que se analizaron, se pueden efectuar las siguientes conclusiones: 1. Es competencia del Congreso de la República, establecer el régimen de requisitos y calidades que deben reunir los empleados públicos. 2. Dicha facultad no puede delegarse a otro órgano estatal diferente del Presidente de la República de manera transitoria y siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 150-10 de la Constitución Política. 3. El artículo 298 del Decreto 2737 de 1989 no viola el artículo 125 de la Constitución Política y para la fecha de expedición del acto acusado (7 de diciembre de 2001) se encontraba vigente. 4. La Ley 443 de 1998 y sus Decretos Reglamentarios no derogaron en forma expresa, ni tácita el Decreto Ley 2737 de 1989. 5. El Alcalde Municipal de Medellín carecía de competencia para fijar requisitos diferentes a los establecidos en el Decreto Ley 2737 de 1989, para acceder al cargo de Comisario de Familia. En el presente caso el Alcalde Municipal de Medellín profirió el Decreto No. 2432 de 7 de diciembre de 2002 y en artículo 2º modificó los requisitos para acceder al cargo de Comisario de Familia, los cuales ya estaban previstos en el Decreto Ley 2737 de 1989, es decir, que dicho cargo es de creación legal, por tanto el Alcalde carecía de competencia para fijar requisitos diferentes a los establecidos en el precitado Decreto Ley.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2432 DE 2001 ALCALDE MUNICIPAL DE MEDELLIN (7 DE DICIEMBRE) NULO

FUENTE FORMAL: DECRETO 2437 DE 1989 – ARTICULO 29 / LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 51 / DECRETO 1569 DE 1998 / DECRETO 1098 DE 2006

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-31-000-2003-01973-01(1843-10)

Actor: PERSONERIA MUNICIPAL DE MEDELLIN

Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN

AUTORIDADES MUNICIPALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Entidad demandada (Municipio de Medellín) contra la sentencia de 19 de abril de 2010, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, que accedió a las súplicas de la

demanda incoada por el Personero Municipal de Medellín contra el Municipio de Medellín.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del artículo 2° del Decreto No. 2432 de 7 de diciembre de 2001, expedido por el Alcalde Municipal de Medellín, “Por medio del cual se cambia la denominación a un cargo y se modifican los requisitos de dos cargos de la planta de personal del Municipio de Medellín y se dictan otras disposiciones”, cuyo texto reza:

“Artículo 2°. *Modifícase los requisitos de los cargos de Inspector de Policía Urbana de 1ª Categoría, código específico 21030 y Comisario de Familia, código específico 21038, así:*

*Estudios Básicos: Título Universitario en Derecho.
Experiencia: Dieciocho (18) meses de experiencia profesional laboral.”*

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El Código Contencioso Administrativo, en su artículo 84 establece la figura de la Acción de Nulidad, indicando que:

“Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que debería fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia o defensa, o mediante falsa motivación con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y servicio. (...)” (Se resalta)

La acción de nulidad tiene como finalidad específica la de servir de instrumento para pretender o buscar la invalidez de actos administrativos, provenientes de cualquiera de las ramas del poder público, por considerarse violadoras de normas superiores a las cuales están sujetos dichos actos administrativos.

Se busca a través de dicha acción, garantizar el principio de legalidad constitucional al Estado Social de Derecho, imperativo de nuestra Constitución Política,

esto es, asegurar el imperio del orden jurídico o jerarquía normativa, el restablecimiento y respeto de la legalidad.

De la jerarquía cuyo punto de partida es la Constitución se integra igualmente con una gran variedad de actos regla expedidos por los diferentes Entes competentes en cumplimiento de funciones estatales, obviamente, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales para las cuales han sido investidos formal, funcional o materialmente. Principio de legalidad cuya fundamentación constitucional se encuentra en los artículos 1°, 2°, 6°, 121, 123 inciso 2° y 124.

Se desenvuelve la acción de nulidad dentro de un proceso que se entabla contra un acto administrativo previo, permitiendo entonces, además de mantener el principio de legalidad, servir de instrumento de revisión de una acción estatal.

Es que no es otra la finalidad de la acción de nulidad del acto administrativo demandado que la guarda y tutela del orden jurídico, prevalencia de la defensa de la legalidad abstracta sobre los actos de la administración según su jerarquía, con el propósito de que aquél quede sin efecto por contrariar las normas superiores de derecho, y por ello ser ejercida en todo tiempo por cualquier persona.

Entonces, con la acción de nulidad se pretende proteger el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad, esto es, control de legalidad en abstracto del Decreto Municipal No. 2432 de 2001 por estar en contravía de normatividad superior.

La Constitución Política en su artículo 315 preceptúa: "(...) Son atribuciones del Alcalde: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del Concejo. (...) 7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado. (...)"

La anterior norma Constitucional se desarrolla en la Ley 136 de 1994, artículo 19, así: "Funciones. Los Alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que fueren delegadas por el presidente de la República o Gobernador respectivo (...) Además de las

funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes: (...) d) En relación con la Administración Municipal: (...) 3) Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijarles sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No se podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado. (...)"

Por su parte el Decreto Ley 1042 de 1978, en su artículo 82, modificado por el Decreto 2367 de 1996, artículo 1°, prevé:

"Manual de funciones y requisitos mínimos. La descripción de la naturaleza general de las funciones que corresponden a cada empleo y la determinación de los requisitos mínimos exigidos para su ejercicio, se hará mediante manual general expedido por decreto del Gobierno Nacional.

Corresponde a cada uno de los jefes de los organismos a que se refiere el artículo 1° del presente decreto, adoptar, adicionar, modificar o actualizar mediante resolución interna, el manual específico de funciones y requisitos de los empleos de su planta de personal, de acuerdo con le manual general. El manual específico no requerirá refrendación por parte del departamento administrativo de la función pública. (...)

El establecimiento de las plantas de personal y las modificaciones efectuadas a éstas, requerirán en todo caso de la presentación del respectivo manual específico de funciones y requisitos. (...)"

Infiere de la normatividad reseñada que corresponde a los Alcaldes ajustar el manual de funciones específicas de los cargos existentes en su municipio acorde con el manual general expedido por el Gobierno Nacional, pero en ningún momento lo autoriza para desbordar dicha competencia.

El Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, en su artículo 298, trae como requisitos para ser Comisario de Familia, los siguientes:

- 1. Ser ciudadano en ejercicio.*
- 2. Abogado Inscrito.*
- 3. Especialización en derecho de familia o de menores o con experiencia no inferior a un (1) año en la materia.*
- 4. De intachable conducta moral, social y familiar y sin antecedentes penales o disciplinarios.*

Significa lo anterior que el Código del Menor exige como uno de los requisitos para ocupar el cargo de Comisario de Familia, el de la especialización del aspirante en derecho de familia o de menores, el cual es suplido perfectamente con un año de experiencia en dicha materia, lo cual no concuerda con lo estipulado por el Alcalde Municipal de Medellín, ya que dicha experiencia sea superior a un año y medio, con lo cual, la norma acusada está modificando sustancialmente lo dispuesto en el Código del Menor, lo que contraviene abiertamente el ordenamiento jurídico.

El cargo de Comisario de Familia es de creación legal y por lo tanto le corresponde al Legislador establecer sus requisitos, no así a los Alcaldes, pues de hacerlo se estarían abrogando competencias que no es corresponden, de conformidad con el artículo 150, numerales 2° y 10° de la Constitución Política, que dispone: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: "(...) 2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones. (...) 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la convención pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. (...) el Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el gobierno en uso de facultades extraordinarias. Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos. (...)”

Conforme a lo expresado el Personero Municipal de Medellín considera claro que es el Legislador (Congreso de la República), el único órgano facultado constitucionalmente, para modificar cualquiera de sus disposiciones.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículos 122-6, 123, 150, numerales 2° y 10°; Decreto 2737 de 1989, artículo 289. (Fls. 2-7)

CONTESTACIÓ DE LA DEMANDA

El Municipio de Medellín por intermedio de apoderado de folios 24 a 32 dio contestación a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, con la siguiente fundamentación:

La Administración Municipal mediante Decreto No. 2437 de 7 de diciembre de 2001, cambió la denominación a un cargo y modificó los requisitos de dos cargos de la planta de personal, de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 1569 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998.

*Dicha norma estableció el nuevo sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las Entidades Territoriales que deben regularse por las disposiciones de la Ley 443 de 1998 y en su artículo 2° determinó que: “Las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio **serán fijados por las autoridades competentes para crearlos**, con sujeción a los generales determinados con el presente decreto”, es decir, que el Gobierno Nacional tiene la facultad para establecer requisitos y funciones generales y cada Entidad la facultad para establecer los específicos.*

*En la Alcaldía de Medellín el cargo de Inspector de Policía se ajustó a la denominación de Inspector de Policía de 1ª Categoría, consagrada legalmente y además, estableció los requisitos de estudios y de experiencia establecidos en el Decreto 1569 de 1998, en donde se expresa que: “Para desempeñar los empleos correspondientes a los niveles de que trata el Artículo 3° del presente Decreto se deben tener en cuenta los siguientes requisitos generales, los cuales **servirán de base para establecer los manuales específicos de cada una de las entidades** a quienes se les aplica este Decreto”, lo que indica nuevamente la posibilidad que tiene cada Entidad para establecer los requisitos para sus empleos, obviamente siguiendo los lineamientos generales que vienen a ser como un tope mínimo y general a tener en cuenta y que en todos los casos no se podrán disminuir ni superar a los establecidos legalmente.*

El nivel profesional en donde se encuentran los empleos de Inspector de Policía Urbano de 1ª Categoría y Comisario de Familia, tenían como base mínima: “Título Universitario. Para el empleo de profesional especializado, además de lo anterior, título de especialización. La experiencia profesional y laboral se determinará conforme con el perfil del empleo”, lo que indica que la obligatoriedad del título de

especialización estaba para el empleo de Profesional Especializado y no para el de Comisario de Familia e Inspector de Policía de 1ª Categoría.

Además, la norma plantea que la experiencia laboral y profesional, será de conformidad con el empleo respectivo y estará a cargo de cada Entidad establecerla como ocurrió con el Decreto 2432 de 2001, expedido por el Alcalde de Medellín, para ajustarse a lo establecido en el Decreto – Ley 1569 de 1998.

La Ley 443 de 1998 confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir normas con fuerza de ley que adopten el Sistema General de Nomenclatura y Clasificación de Empleos y Requisitos para las Entidades del orden nacional y territorial, en virtud de las cuales expidió los Decretos 1569 y 2503 de 1998, estableciendo este último la naturaleza general de las funciones y los requisitos para los diferentes empleos públicos de las Entidades del orden Nacional, ambos Decretos tienen fuerza de ley, por haber sido expedidos con fundamento en el numeral 10° del artículo 150 de la Constitución Política.

*El artículo 12 de la Ley 443 de 1998 establece: “**Responsabilidad de los nominadores.** Sin perjuicio de la imposición a las multas que hubiere lugar, la autoridad nominadora que omita la aplicación de las normas de carrera, que efectuó nombramientos sin sujeción a las mismas. (...)”, es decir, que la Administración Municipal con la expedición del Decreto 2432 de 7 de diciembre de 2001, cumplió con lo establecido legalmente para los empleos de Inspector de Policía de 1ª Categoría y Comisario de Familia.*

Igualmente la Ley 443 de 1998 en su artículo 87, desde su vigencia prevé que rige a partir de su publicación y realiza una derogatoria expresa de algunas normas. Además el Municipio considera derogada tácitamente lo establecido en el Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, que establecía el requisito de especificación para el empleo de Comisario de Familia, por lo que al momento de la expedición del Decreto Municipal 2432 de 2001, la Administración en acatamiento de lo dispuesto en el Decreto Ley 1569 de 1998, se ajustó legalmente y tenía la competencia para establecer los requisitos de estudios y de experiencia.

Anota que con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 23 de septiembre de 2004, las anteriores normas quedaron derogadas y en su defecto se encuentra vigente el Decreto Ley 785 de 2005, que en la actualidad regula todo lo concerniente a las

denominaciones de los empleos y los requisitos de estudio y experiencia para los mismos.

Los empleos de Inspector de Policía de 1ª Categoría y Comisario de Familia continúan en el nivel jerárquico profesional y tienen como requisito mínimo título profesional y máximo título profesional, título de postgrado y experiencia; sin embargo será cada Entidad u organismo quien en última instancia determinará los requisitos estudio y la experiencia para los empleos que conforman su planta de empleos.

LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 19 de abril de 2010, accedió a las súplicas de la demanda. (Fls. 42-53)

Con fundamento en la Ley 56 de 1988, el Congreso facultó al Ejecutivo para expedir el Código del Menor, en desarrollo de dichas atribuciones el Gobierno expidió el Decreto 2737 de 1989, estableciendo que el Comisario de Familia deberá ser ciudadano en ejercicio, abogado inscrito, especializado en Derecho de Familia o de Menores o con experiencia no inferior a 1 año en la materia, de intachable conducta moral, social y familiar.

Conforme al artículo 62 de la Constitución Nacional de 1886, la Ley podía determinar las calidades para el desempeño de ciertos empleos, de ahí que el Gobierno al fijar por un Decreto con fuerza de Ley como lo era el 2737 de 1989, requisitos para el cargo de Comisario de Familia, actuó de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

El cargo de Comisario de Familia estaba clasificado como servidor público de libre nombramiento y remoción, sin embargo con fundamento en el artículo 125 de la Constitución, la Corte Constitucional en sentencia C-406 de 1997, declaró inexecutable la expresión que clasificaba de libre nombramiento y remoción éstos empleos.

Posteriormente la Ley 443 de 1998 estableció en el artículo 5° que el empleo de Comisario de Familia es de Carrera Administrativa; luego en el Decreto 1569 de 1998, fueron clasificados en el nivel profesional (artículo 3°) y en el artículo 5° se establecieron los requisitos generales.

En esas condiciones, siendo el cargo de Comisario de Familia de creación legal, podía perfectamente el Legislador extraordinario, fijar las condiciones y requisitos para el cargo, por lo demás no puede predicarse como se dice en la contestación de la demanda, que la Ley 443 de 1998 derogó tácitamente lo establecido en el Decreto 2737 de 1989, en cuanto a los requisitos de especialización para el empleo, dado que la Corte Constitucional en sentencia C-406 de 1997 aclaró el punto.

En el presente caso el Alcalde de Medellín carecía de competencia para fijar requisitos diferentes a los establecidos en el Decreto Ley 2737 de 1989, para acceder al cargo de Comisario de Familia ya que estos habían sido claramente delimitados en el mencionado Decreto Ley, el cual fue avalado por la Corte en la precitada sentencia, esto aún en vigencia de la Ley 443 y el Decreto 1569 de 1998.

De suerte que, si en un Estado de Derecho los funcionarios y las Corporaciones Públicas no pueden hacer sino aquello para lo cual se les haya atribuido competencia, es claro que al no existir dispositivo normativo, que autorice al Alcalde para expedir el acto administrativo cuestionado, en su artículo 2°, es procedente la declaratoria de nulidad.

EL RECURSO

El Municipio de Medellín interpuso recurso de apelación cuya sustentación corre de folios 63 a 69, con el fin de que se revoque íntegramente la providencia impugnada y se nieguen las súplicas de la demanda.

El fundamento final de la decisión del Tribunal se base en que el Decreto 2737 de 1989 se encuentra vigente, aún después de la expedición de la Ley 443 de 1998, que fue el fundamento del acto acusado.

Aduce que de conformidad con el artículo 3° de la Ley 443 de 1998, dicho ordenamiento se aplicará "(...) al personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior de todos los niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera (...)" y el artículo 65 ibídem con relación al sistema general de nomenclatura y clasificación de empleos, prevé:

“Habrá un sistema general de nomenclatura y clasificación de empleos, con funciones y requisitos generales mínimos para las entidades que deban regirse por las disposiciones de la presente ley, al cual se sujetarán las autoridades que de conformidad con la Constitución y la Ley son competentes para adoptar el sistema respecto de su jurisdicción.

El Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública, asesorarán a las entidades territoriales para la adopción del sistema de nomenclatura y clasificación de empleos.”

Manifiesta que la Corte Constitucional abordó un tema de similar textura y estableció como fundamentos de su decisión algunos elementos de vital importancia en torno al tema de los requisitos establecidos para ocupar cargos de carrera y su fundamento, además de los principios que soportan el establecimiento de la Carrera Administrativa como esquema o herramienta de administración técnica de personal, que considera deben observarse en el presente caso, para concluir que no tiene sentido sostener que las normas anteriores que establecen requisitos especiales para el cargo de Comisario de Familia, contenidos en el Decreto Ley 2737 de 1989, permanecen aún contrariando los presupuestos de las normas que regularon la Carrera Administrativa, de manera especial la Ley 443 y el Decreto 1569 de 1998.

La Corte Constitucional en sentencia C-577 de 25 de julio de 2006, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, respecto a la necesidad de acreditación de idoneidad para desempeñar cargos en la administración pública, indicó:

“(…) 27.- El Constituyente de 1991, quiso implementar la actividad de la administración pública, encaminada al cumplimiento de los fines esenciales del Estado (art 2 C.N), mediante la regulación de la función pública. A partir de ello estableció normas constitucionales (arts. 122 a 131 C.N) tendientes a regular las condiciones en las cuales los ciudadanos pueden servir al Estado como agentes encargados de desarrollar sus tareas. El artículo 125 superior, prescribe una de las herramientas más relevantes para la adecuada organización de los ciudadanos que conforman el personal que actúa en nombre del Estado para el cumplimiento de sus fines. Esta herramienta es la carrera administrativa, cuyo sentido genérico es disponer que todo ciudadano que cumpla con “los méritos y calidades” (art. 125 C.N) correspondientes a las “funciones detalladas” de su empleo (art. 122 C.N), puede ingresar, mantenerse o ascender en los distintos cargos que prevé la administración. Así mismo, si no cumple con esto, no podrá ingresar o será retirado de la misma.

Igualmente, el artículo 209 de la carta de 1991, establece los principios a partir de los cuales las autoridades administrativas persiguen el cumplimiento de los fines del Estado. Así, el Constituyente prescribió que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se basa,

entre otros, en la eficacia, celeridad e imparcialidad. De ahí, que cobre mayor importancia el proceso de conformación de la administración a partir de los criterios que informan la carrera administrativa. Pues, ésta debe satisfacer el cumplimiento de los fines que la Constitución coloca en cabeza de la administración pública (art 209 C.N). “En esa misma línea de pensamiento, más recientemente la Corte en sentencia C-954 de 2001, recogiendo la jurisprudencia sobre la carrera administrativa como regla general para el acceso a los empleos públicos, señaló que la justificación de esa regla de acceso a la administración pública, encuentra su fundamento constitucional en los objetivos que persigue la función pública, que no son otros que los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 superior, así como en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 209 de la Ley Fundamental”¹

28.- De este modo, la disposición de la carrera administrativa como forma de llevar a cabo la función pública y la función administrativa de una manera adecuada, responde a fines constitucionales dentro de los cuales se ha incluido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aquel referido a la **aptitud e idoneidad de quienes pretenden desempeñar tareas en pro de satisfacer los fines del Estado**. “En numerosas ocasiones², la Corte se ha pronunciado en relación con los fines que orientan la carrera administrativa en Colombia. En tal sentido, existen unas claras líneas jurisprudenciales en el sentido de que aquélla (i) permite al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados³ ; (ii) **asegura que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado**⁴; (iii) permite seleccionar adecuadamente a los servidores públicos y garantiza que no sean los intereses políticos, sino las razones de eficiente servicio y calificación, las que permitan el acceso a la función pública en condiciones de igualdad ⁵; y (iv) asegura la vigencia de los principios de eficiencia y eficacia en el servicio público, la igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos, así como los derechos subjetivos reconocidos mediante el régimen de carrera administrativa⁶.” [C-733 de 2005] [Énfasis fuera de texto]

29.- En el mismo sentido, se ha sostenido también que la incorporación de los cargos y empleos estatales al sistema de carrera administrativa,

¹ C-1119 de 2005, reiterada en la C-039 de 2006.

² [Cita del aparte transcrito] Entre muchas otras ver C- 479 de 1992; C- 195 de 1994; C- 040 de 1995; C- 041 de 1995; C- 037 de 1996; C- 030 de 1997; C- 539 de 1998; C- 110 de 1999; C- 109 de 2000; C- 371 de 2000; C- 486 de 2000; C- 292 de 2001; C- 954 de 2001; C- 1177 de 2001; C- 517 de 2002; C- 1079 de 2002; C- 969 de 2003 y C- 077 de 2004.

³ [Cita del aparte transcrito] Sentencia C- 479 de 1992

⁴ [Cita del aparte transcrito] Sentencia C- 195 de 1994.

⁵ [Cita del aparte transcrito] C- 356 de 1994.

⁶ [Cita del aparte transcrito] Al respecto pueden verse, entre otras las sentencias C-479 de 1992, C-391 de 1993, C-527 de 1994, C-040 del 9 de febrero de 1995. C-063 de 1997, T-315 de 1998.

constituye un presupuesto esencial para la realización los siguientes propósitos constitucionales:

*“i.) Por una parte, el de la garantía de cumplimiento de los fines estatales, en la medida en que permite que la función pública, entendida como “el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines”⁷, **pueda desarrollarse por personas calificadas y seleccionadas bajo el único criterio del mérito y de calidades personales y capacidades profesionales**, para determinar su ingreso, permanencia, ascenso y retiro del cargo, bajo la vigencia de los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia⁸.*

ii.) Por otra parte, el de la preservación y vigencia de los derechos fundamentales de las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos y ejercitar su derecho al trabajo en igualdad de condiciones y oportunidades, con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo (CP, arts. 2o., 40, 13, 25, 40, y 53).

iii.) Tampoco se puede perder de vista que el respeto al sistema de carrera administrativa hace vigente el principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública incorporado a dicho sistema y a ascender dentro de dicha carrera.” [C- 1177 de 2001] [Énfasis fuera de texto]

30.- De lo anterior se puede concluir entonces, que el legislador tiene el deber de conciliar los requisitos que exige para un empleo, con el tipo funciones que debe desempeñar quien lo ocupe. La consagración de unas calidades mínimas, para aspirar a ocupar un cargo en la administración pública, debe dar cuenta integral de la naturaleza de las tareas que dicho cargo pretende desarrollar. Esto resulta por demás lógico, si se tiene en cuenta que el mismo Estado exige el máximo grado de responsabilidad y cumplimiento de sus servidores, en la misión que le encomienda.

Existe pues, una relación necesaria entre los requisitos que permiten ocupar un empleo en la administración, las funciones de éste y los mecanismos para evaluar la responsabilidad y cumplimiento en el desempeño en su ejercicio. Lo cual a su vez influye directamente no sólo en la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos por parte del Estado y en su propia organización, sino incluso, en la asignación salarial que ostente el empleo. Esta relación necesaria implica pues, que los requerimientos que la administración determine para un empleo, son directamente proporcionales a las funciones que se pretendan satisfacer a través de él. Así, los empleos cuyos deberes involucran responsabilidades y complejidad significativas, deben exigir calidades que igualmente acrediten el manejo y capacidad para asumirlos. Por lo cual, el legislador

⁷ [Cita del aparte transcrito] Sentencia C-631 de 1996.

⁸ [Cita del aparte transcrito] Sentencia C-540 de 1998.

debe establecer requerimientos que permitan acreditar idoneidad en campos concretos, así como la capacidad respectiva que subyace a ellos. “ La Ley 443 de 1998 confirmó las facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir normas con fuerza de Ley que adopten el Sistema General de Nomenclatura y Clasificación de Empleos y Requisitos para las Entidades del orden nacional y territorial, en virtud de las cuales expidió los Decretos 1569 y 2503 de 1998, estableciendo este último la naturaleza general de las funciones y requisitos para los diferentes empleos públicos de las diferentes entidades del orden nacional. Ambos Decretos tienen fuerza de Ley, por haber sido expedidos con fundamento en el numeral 10° del artículo 150 de la Constitución Política.

La Ley 443 de 1998 en su artículo 87, respecto a la vigencia, establece que sería a partir de su publicación y realizó una derogatoria expresa de algunas normas y además el Municipio considera derogado tácitamente lo establecido en el Decreto 2737 de 1989 – Código del Menor, que establecía el requisito de especialización para el empleo de Comisario de Familia, por lo que al momento de la expedición del Decreto Municipal 2432 de 2001, la Administración Municipal en acatamiento de lo dispuesto en el Decreto Ley 1569 de 1998, se ajustó legalmente y tenía la competencia para establecer los requisitos de estudio y de experiencia.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, solicitó confirmar la sentencia que accedió a las súplicas de la demanda (Fls. 82-85), con la siguiente fundamentación:

“(…) No comparte los criterios de la demandada sobre la derogatoria ‘tácita’ y las normas superiores en las cuales está fundamentado el acto demandado, pues no son las normas de carrera, bien la Ley 443 de 1998 o sus Decretos Reglamentarios, pues éstas tratan en general el tema de la organización de la función pública en sus aspectos orgánicos, funcionales y, en general de la estructura del empleo, pero en manera alguna, sobre temas especiales o especializados.

No se trata de un ordenamiento específico sino de uno general que sirve de base para los específicos, como bien lo entiende la defensa; por ello, la discusión en este caso, no se encuentra en las normas generales porque representan el modelo a seguir y respetar por sus extremos, mínimos y máximos, sino en el marco de las disposiciones de las cuales deviene el cargo de Comisario de Familia, que bien puede determinarse por las normas aplicables al caso, pertenecen al tema de la defensa y protección del menor y la familia, no a las normas de Carrera Administrativa que son un referente a tener en cuenta para la composición de los manuales de

requisitos y funciones específicos de cada Institución, pero que no pueden invadir órbitas de especial protección Constitucional y Legal, como el caso de los menores.

No es cierto que la Ley 443 de 1998 derogó tácitamente el Código del Menor vigente en el año 2001, pues de un lado, las derogatorias las hizo en el artículo 87 que da a entender a las claras que la intención del Legislador fue derogar expresamente las disposiciones reguladoras de materias tratadas en esa Ley, pero no las especiales u ordenamientos específicos.

Por otro lado, se derogaron otros ordenamientos relacionados con los aspectos de Carrera que le fueran contrarios, que no era el caso del artículo 298 del Código del Menor, que se encontraba dentro de los márgenes precisados por el Decreto Reglamentario 1569 de 1998, por ser un dispositivo legal especial y encontrarse dentro de los márgenes establecidos por éste Decreto y, aún más, por la naturaleza de las funciones era y es necesario el título de especialización, debido a la misión concreta de defensa y protección del menor.

No se trata de un simple ajuste al Manual de Funciones y Requisitos a través de un cambio en las exigencias para ocupar el cargo; y por ello, la decisión deriva de las normas generales de Carrera Administrativa; tampoco corresponde a la aplicación de normas superiores perfiladas a la defensa del menor, lo cual, hacía imprescindible, acudir al ordenamiento regulador del tema, como era el Decreto 2737 de 1989. (...)

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si el acto administrativo acusado, mediante el cual se modificaron los requisitos para ocupar el cargo de Comisario de Familia, fue expedido por el Alcalde Municipal de Medellín, sin competencia para ello y con violación de las normas superiores contenidas en la Constitución y la Ley.

ACTO ACUSADO

Artículo 2° del Decreto No. 2432 de 7 de diciembre de 2001, expedido por el Alcalde Municipal de Medellín, "Por medio del cual se cambia la denominación a un cargo y se modifican los requisitos de dos cargos de la planta de personal del Municipio de Medellín y se dictan otras disposiciones", cuyo texto reza:

“Artículo 2°. Modificase los requisitos de los cargos de Inspector de Policía Urbana de 1ª Categoría, código específico 21030 y Comisario de Familia, código específico 21038, así:

Estudios Básicos: Título Universitario en Derecho.

Experiencia: Dieciocho (18) meses de experiencia profesional laboral.”

ANALISIS DE LA SALA

Normatividad Aplicable

El artículo 62 de la Constitución Nacional de 1886 en su artículo 62, previó que la Ley podía establecer las calidades para el desempeño de determinados empleos.

*Mediante la Ley 56 de 28 de noviembre de 1988, el Congreso le confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República, para expedir el Código del Menor y en artículo 1°, numeral 8°, reguló el siguiente aspecto: “La atribución de competencia de los defensores de menores, quienes en adelante se denominarán **“Defensores de Familia”**; los requisitos para ejercer el cargo y el control jurisdiccional de sus actos.” (Se destaca)*

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 56 de 1988, profirió el Decreto 2737 de 27 de noviembre de 1989, por el cual estableció el Código del Menor y en el artículo 298, dispuso:

“El Comisario de Familia deberá ser ciudadano en ejercicio, abogado inscrito, especializado en Derecho de Familia o de Menores o con experiencia no inferior a un (1) año en la materia, de intachable conducta moral, social y familiar y sin antecedentes penales o disciplinarios.”⁹

A partir de la Constitución Política de 1991, se estableció en el artículo 125 como regla general, que todos los empleos en los órganos y Entidades del Estado son de carrera, con las excepciones allí consagradas, como son: los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley; además señaló que el ingreso a los cargos de carrera se hará previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la Ley para determinar el mérito y calidades de los aspirantes.

⁹ Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia No. 81 de 13 de junio de 1991, M.P. Dr. Jaime Sanín G.

La Corte Constitucional en sentencia C-406 de 1997, declaró inexecutable la expresión “con el carácter de libre nombramiento y remoción”, contenida en el artículo 297 del Decreto Ley 2737 de 1989 y, en tal virtud los Comisarios de Familia fueron tenidos como servidores de Carrera Administrativa.

Luego la Ley 443 de 1998, en el artículo 5°, parágrafo 2° dispuso que “El empleo de Comisario de Familia es de Carrera Administrativa”.

Al ser reglamentada la citada Ley por medio del Decreto 1569 de 1998, según da cuenta el artículo 3°, el Comisario de Familia fue clasificado dentro del Nivel Profesional y en el artículo 5° se establecieron los requisitos generales que sirven de base para establecer los Manuales Específicos de cada una de las Entidades a las que se les amplió el Decreto.

En la precitada norma se indica que el Nivel Profesional debe tener con Título Universitario y, si se trata de profesionales especializados debe contar con título de especialización o con experiencia no inferior a un año, además prevé que la experiencia profesional y laboral se determinaran de acuerdo con el perfil del empleo.

Ahora bien, con relación a los requisitos exigidos en el artículo 298 del Decreto 2737 de 1989 para el Cargo de Comisario de Familia, la Corte Constitucional en sentencia C-109 de 2002, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, efectuó el siguiente análisis:

“(…) La Constitución otorgó al legislador la competencia para establecer los requisitos de acceso a cargos públicos. En efecto, el artículo 125 superior consagra que el ingreso a los cargos de carrera, y el ascenso en los mismos, debe hacerse previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Así mismo, el artículo 150 del Estatuto Superior establece que corresponde al Congreso de la República hacer las leyes, asignándole en el numeral 7 la función de ‘determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica...’. Más adelante, el numeral 23 del mismo artículo le impone la tarea de ‘expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos’.

Así, corresponde al Congreso determinar mediante ley las calidades y requisitos para desempeñar los cargos públicos –salvo aquellos casos en los que el Constituyente ha señalado expresamente los atributos que deben reunir los aspirantes-, sea cual fuere la forma de vinculación, esto es, de

carrera, de elección popular, de libre nombramiento y remoción, o contractual, en el evento de los trabajadores oficiales. No obstante, el legislador debe respetar la Constitución, norma de normas, al determinar tales condiciones, de modo que no puede crear exigencias irrazonables o desproporcionadas que impidan el ejercicio del derecho de acceso a los cargos públicos (art. 7 C.P.).

La facultad otorgada al legislador para regular lo relativo a los cargos públicos, se sustenta en el hecho de que la función administrativa es una actividad que, por su naturaleza y alcances, debe estar orientada al interés general (art. 209 C.P.) y al cumplimiento de los fines esenciales del Estado (art. 2 C.P.). (...)

Así pues, el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 superior, cobra especial relevancia en tratándose del acceso a cargos públicos, pues él 'reconoce el derecho subjetivo de las personas a una igualdad material ante la ley y la garantía de un trato que permita el ejercicio de los mismos derechos y posibilidades para quienes se encuentran en situaciones fácticas idénticas, y sin discriminación alguna'. Lo cual impone entender que al Estado le corresponde promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, al igual que adoptar medidas a favor de los grupos discriminados, marginados y que se encuentran en situaciones de inferioridad manifiesta. (...)

El máximo Tribunal Constitucional, en sentencia C-483 de 11 de junio de 2003, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, indicó que los Comisarios de Familia se encuentran dentro de la clasificación prevista en el Decreto 1569 de 1998 y por eso el artículo 298 del Decreto 2737 de 1989, no resulta discriminatorio en relación con los demás empleos de similares condiciones y nivel.

En el presente caso es necesario establecer si conforme al artículo 125 puede el Legislador Extraordinario establecer los requisitos y condiciones para el acceso a cargos públicos, o si por el contrario, es una facultad de la cual el Congreso no puede desprenderse, situación que fue resuelta por la Corte Constitucional en sentencia C-570 de 1997, con el siguiente contenido literal:

"[L]a reserva de ley es una institución jurídica, de raigambre constitucional, que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley. A aquel, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, deben ser materia de ley. Según lo acabado de expresar, la carrera administrativa, por expreso mandato constitucional, debe ser regulada mediante ley. Por tanto, el régimen de calidades y requisitos necesarios para acceder a los distintos empleos públicos, incluyendo los municipales, debe ser objeto de ella. Se trata pues de un tema que la propia Carta Política, decidió que fuera regulado por el Congreso de la República, foro político y democrático por excelencia; limitando así, tanto al ejecutivo, al impedir que decida sobre la materia, como al legislador para que delegue su potestad en otro órgano estatal.

No obstante, cabe señalar que bien puede el Congreso conferir al Presidente de la República en forma temporal, precisas facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley, sobre ese punto, previa su solicitud expresa.

(...) A partir de las consideraciones expuestas, **la Corte concluye que el régimen de los requisitos y calidades que deben reunir los empleados públicos municipales es competencia del Congreso de la República. Facultad que no puede delegar en otro órgano estatal, a excepción del Presidente de la República de manera transitoria, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 150 numeral 10 de la Constitución para la concesión de facultades extraordinarias.**” (Negrillas y subrayado fuera de texto)

Quiere decir que conforme a la normatividad y jurisprudencia que se analizaron, se pueden efectuar las siguientes conclusiones:

1. Es competencia del Congreso de la República, establecer el régimen de requisitos y calidades que deben reunir los empleados públicos.
2. Dicha facultad no puede delegarse a otro órgano estatal diferente del Presidente de la República de manera transitoria y siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 150-10 de la Constitución Política.
3. El artículo 298 del Decreto 2737 de 1989 no viola el artículo 125 de la Constitución Política y para la fecha de expedición del acto acusado (7 de diciembre de 2001) se encontraba vigente.
4. La Ley 443 de 1998 y sus Decretos Reglamentarios no derogaron en forma expresa, ni tacita el Decreto Ley 2737 de 1989.
5. El Alcalde Municipal de Medellín carecía de competencia para fijar requisitos diferentes a los establecidos en el Decreto Ley 2737 de 1989, para acceder al cargo de Comisario de Familia.

No está demás señalar que los requisitos para acceder al cargo de Comisario de Familia fueron modificados por la Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006, por la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, que en su artículo 85 dispuso que se requieren las mismas calidades que para ser Defensor de Familia, los cuales están previstos en el artículo 80, así:

“1. Ser abogado en ejercicio y con tarjeta profesional vigente.

2. No tener antecedentes penales ni disciplinarios.

3. Acreditar título de posgrado en Derecho de Familia, Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derechos Humanos, o en Ciencias Sociales siempre y cuando en este último caso el estudio de la familia sea un componente curricular del programa.”

En el presente caso el Alcalde Municipal de Medellín profirió el Decreto No. 2432 de 7 de diciembre de 2002 y en artículo 2° modificó los requisitos para acceder al cargo de Comisario de Familia, los cuales ya estaban previstos en el Decreto Ley 2737 de 1989, es decir, que dicho cargo es de creación legal, por tanto el Alcalde carecía de competencia para fijar requisitos diferentes a los establecidos en el precitado Decreto Ley.

En consecuencia se confirmará la decisión de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda al declarar la nulidad del artículo 2° del Decreto 2432 de 7 de diciembre de 2001.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 19 de abril de 2010, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, que **ACCEDIÓ a las súplicas de la demanda** incoada por el Personero Municipal de Medellín contra el Municipio de Medellín.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

